

N° 4735¹⁰

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI**relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement
des données à caractère personnel**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(2.7.2002)

Sur la base de l'article 19(2) de sa loi organique du 12 juillet 1996 le Conseil d'Etat fut saisi le 6 juin 2002 par le Président de la Chambre des Députés d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la commission des Médias et des Communications au cours de sa réunion du 5 juin 2002.

Les modifications proposées, accompagnées de leur commentaire, étaient intégrées dans une nouvelle version coordonnée du projet de loi en discussion.

*

Le Conseil d'Etat note avec satisfaction que bon nombre des suggestions et propositions consignées dans son avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi sous examen (*Doc. parl. No 4735⁶, sess. ord. 2001-2002*) trouvent leur reflet dans le texte entériné par la commission parlementaire compétente. Sont notamment à mentionner à cet égard les amendements en rapport avec les articles 32 à 36 concernant la Commission nationale pour la protection des données et ceux ayant trait à l'article 41 réglementant l'accès à certaines données relatives aux abonnés et services offerts par les opérateurs et fournisseurs de communications électroniques ou postales.

Dans ce contexte le Conseil d'Etat salue plus particulièrement l'abandon, par les auteurs des amendements, des **sanctions administratives** initialement prévues à l'article 35. Dans son avis précité il avait en effet vivement critiqué l'institution d'amendes d'ordre à côté de sanctions pénales, en raison notamment du fait que cette juxtaposition risquerait de causer, le cas échéant, problème au regard du principe fondamental du „non bis in idem“.

De sérieuses réserves sont par contre de mise au regard du réagencement des **sanctions pénales** figurant aux articles 4 (3) – qualité des données, 5 (2) – légitimité du traitement, 6 (5) – traitement de catégories particulières, 7 (5) – traitement de catégories particulières de données par les services de la santé, 8 (4) – traitement de données judiciaires, 10 (4) – traitement à des fins de surveillance, 11 (3) – traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail, 12 (4) – notification préalable à la Commission nationale, 14(4) – autorisation préalable de la Commission nationale, 17 (3) – autorisation par voie réglementaire, 18 (5) – principes (en matière de transfert de données vers des pays tiers), 19 (4) – dérogations (dans le même domaine), 25 – sanctions relatives à la subordination et à la sécurité des traitements, 26 (3) – le droit à l'information de la personne concernée, 27 (4) – exceptions au droit à l'information de la personne concernée, 28 (2) et (8) – droit d'accès, 29 (5) – exceptions au droit d'accès, 30 (2) – droit d'opposition de la personne concernée, 32 (11) – missions et pouvoirs de la Commission nationale et 41 – dispositions spécifiques. Tous ces articles prévoient en effet qu'en dehors des peines d'emprisonnement et d'amende à sa disposition, „la juridiction saisie peut prononcer la fermeture de l'établissement de manière définitive ou jusqu'à la mise en conformité du traitement des données (avec les prescriptions violées)“.

De par sa vocation d'application générale à des acteurs divers, agissant dans un contexte hétéroclite, cette nouvelle peine accessoire introduite par les auteurs des amendements sous revue ne peut être maintenue telle quelle et mérite pour le moins d'être nuancée.

Il n'est en effet guère concevable d'ordonner la fermeture d'une entreprise ayant, en violation des prescriptions de l'article 11, opéré un traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail. Ou encore d'envisager la même sanction dans le chef d'un établissement hospitalier qui aurait mis en oeuvre le traitement de données particulièrement sensibles sans observer les règles prescrites par l'article 7. Pourrait-on d'ailleurs frapper de la même peine les autorités impliquées dans une enquête pénale ou encore les organes du corps de la police grand-ducale, de l'Inspection générale de la police et de l'administration des douanes et accises au titre d'*établissements* ayant procédé sans respecter respectivement les dispositions prévues aux articles 8 et 17? Ces quelques exemples devraient à suffisance illustrer les carences du système.

Force est de relever que l'approche adoptée dans le cadre du nouvel article 39 instituant une action en cessation est autrement pertinente.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il en ordre principal d'abandonner la peine accessoire de la fermeture définitive ou provisoire et de la remplacer par l'ordre de cessation – sous peine d'astreinte – du traitement contraire aux dispositions légales. Toujours dans la même approche une autre solution de rechange pourrait consister dans l'ordre de faire détruire – aux frais de la personne condamnée – toute donnée recueillie ou traitée en violation de la loi. En ordre subsidiaire le Conseil d'Etat estime que la sanction de la fermeture ne pourrait être maintenue que dans le contexte d'hypothèses très particulières à définir et encore qu'à l'égard d'établissements dont la seule activité est de traiter des données à caractère personnel.

*

Dans l'examen du texte des amendements le Conseil d'Etat se concentrera sur quelques modifications essentielles en rapport avec les articles 1er (objet), 2 (définitions), 3 (champ d'application), 7 (traitement de catégories particulières de données par les services de la santé), 8 (traitement de données judiciaires), 9 (traitement réalisé dans le cadre de la liberté d'expression), 10 (traitement à des fins de surveillance), 11 (traitement à des fins de surveillance sur le lieu du travail), 12 (notification préalable à la Commission nationale), 14 (autorisation préalable de la Commission nationale), 15 (publicité des traitements), 16 (interconnexion de données), 17 (autorisation par voie réglementaire), 19 (déroghations à la solution de principe régissant les transferts de données vers des pays tiers), 22 (sécurité des traitements), 24 (secret professionnel), 27 (exceptions au droit à l'information de la personne concernée), 28 (droit d'accès), 29 (exceptions au droit d'accès), 32 (missions et pouvoirs de la Commission nationale), 34 (composition de la Commission nationale), 35 (fonctionnement de la Commission nationale), 36 (statut des membres et agents de la Commission nationale), 37 (dispositions financières), 39 (action en cessation), et 44 (dispositions finales) de la nouvelle version du projet de loi sous revue.

Article 1er

Comme le Conseil d'Etat a eu l'occasion de le relever dans son avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi sous examen, l'article 1er se propose d'étendre la protection aux personnes morales en étalant de la sorte son champ d'application au-delà des domaines visés par la directive 95/46 CE et la Convention de Strasbourg qui restent limités aux personnes physiques. Le projet de loi s'attelait plus spécialement à faire „respecter les intérêts légalement protégés des personnes morales“, étant entendu que selon son commentaire „la référence à l'intérêt légalement protégé (...) permet de prévenir l'utilisation de certains droits tirés de la présente loi à des fins illégitimes“. Dans son avis susmentionné le Conseil d'Etat avait estimé que la référence à la légitimité des intérêts d'une personne morale serait autrement pertinente que la mention de ses intérêts légalement protégés et avait proposé une reformulation de texte en conséquence. Il n'a pas été suivi sur ce point par les auteurs des amendements sous revue au motif que „la protection légale de la personne morale“ est une expression plus restrictive que celle d'„intérêt légitime“ utilisée dans la directive“. Cet argument est pour le moins insolite, alors que la directive précisément laisse les personnes morales en dehors de ses visées!

Article 2

Le Conseil d'Etat approuve la démarche des auteurs des amendements sous avis de présenter dans l'ordre alphabétique les définitions essentielles du texte légal en élaboration, alors que le projet initial les présentait dans l'ordre de leur apparition dans le dispositif normatif. La nouvelle approche est en effet de nature à faciliter la recherche et mérite partant d'être retenue.

En elles-mêmes les définitions amendées se recouvrent largement avec celles proposées par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 janvier 2002. Pour la plupart elles ne commandent donc plus d'observation, sauf quant à celles déterminant l'instance médicale et le fichier de données à caractère personnel.

La motivation de l'amendement en rapport avec la lettre (i) – antérieurement (g) – consistant à mentionner spécialement parmi les instances médicales „tout établissement hospitalier visé par la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers“ ne semble pas très convaincante. En effet le Conseil d'Etat n'entrevoit pas de quelle manière la redéfinition de l'instance médicale couvrirait dorénavant les organismes tels que la Croix-Rouge ou encore la Ligue luxembourgeoise de Prévention et d'action médico-sociales, mentionnées au commentaire de la disposition en cause et qu'il s'agirait précisément d'y inclure.

La reformulation de la notion de fichier de données à caractère personnel sous la lettre (h) – (d) au projet originaire – se doit d'être évoquée en raison de son caractère incisif. Au vœu de l'amendement proposé les ensembles non structurés de données échappent désormais à la protection assurée par la loi en perspective. La nouvelle définition, si elle se recoupe avec la notion telle que déterminée à l'article 2c) de la directive, aurait mérité d'être plus solidement argumentée au regard surtout des motifs à la base du texte initial retenant que la „définition, plus large que celle prévue dans la directive, permet d'éviter de donner l'impression qu'on ne protège que les données reprises dans les „fichiers informatiques classiques“ mais qu'elle inclut toutes les formes de données possibles (ex. formes structurées: système de gestion de bases de données qui attribuent une signification très précise à chaque donnée (colonne d'une table), forme moins structurée: dans les logiciels de traitement de texte qui permettent de gérer des données (dans les tableaux), forme non structurée: dans les logiciels de traitement de texte)“. La justification du revirement opéré paraît en tout cas quelque peu confuse et n'est pas très concluante.

Article 3

Au paragraphe (2), alinéa 1, sous la lettre (b) le premier tiret avec son texte subséquent peut être biffé alors que par définition le responsable du traitement établi sur le territoire luxembourgeois est soumis au droit luxembourgeois et, en tant que tel, range dans la catégorie visée sous la lettre (a) du même paragraphe. Il en découle que la disposition en cause se lira comme suit:

„(b) le traitement mis en oeuvre par un responsable du traitement qui, sans être établi sur le territoire luxembourgeois ou sur celui d'un autre Etat membre de l'Union européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire luxembourgeois, à l'exclusion des moyens qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire ou sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne.“

L'alinéa 2 du même paragraphe (2) est à introduire par la préposition „pour“ en remplacement de „par“.

Au paragraphe (5) le texte amendé précise sous le deuxième tiret que la loi ne s'applique pas „au traitement de données concernant une personne morale et dont la publication est prescrite par une loi ou un règlement“. D'après le commentaire il s'agit en l'occurrence de données mises à la disposition du public du fait de leur publication au Mémorial. Le Conseil d'Etat en conclut que par exemple le traitement de données en relation avec le registre du commerce échapperait ainsi aux prescriptions de la future loi.

Article 7

L'article 6, paragraphe (1) interdit en principe „les traitements qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les traitements de données relatives à la santé et à la vie sexuelle, y compris le traitement des données génétiques“.

L'article 7 énonce dans son paragraphe (1) une exception à cette règle générale en autorisant le traitement de données de l'espèce lorsqu'il est nécessaire „aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé, (ainsi que) de la recherche scientifique dans le domaine de la biologie et de la médecine“. A l'origine cette dérogation ne pouvait jouer qu'en faveur des instances médicales ainsi que des organismes de sécurité sociale et les administrations appelés à gérer cette catégorie particulière de données en exécution de leurs missions légales et réglementaires et pour autant qu'ils étaient soumis au secret professionnel.

Dans son avis du 29 janvier 2002 le Conseil d'Etat s'était interrogé s'il ne conviendrait pas d'y ajouter les entreprises d'assurance et les sociétés gérant les fonds de pension ou encore *certaines* mutuelles.

Les auteurs des amendements sous revue suivent le Conseil d'Etat dans sa suggestion tout en parlant cependant des mutuelles en général et en visant en outre „toute personne physique ou morale bénéficiant d'un agrément dans le domaine médico-social ou thérapeutique en vertu de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique“. Le Conseil d'Etat se prononce contre cette dernière extension en faveur des „ASFT“ du pouvoir de traiter des données aussi sensibles. En l'absence de justification au commentaire de l'amendement en cause il a d'ailleurs du mal à en percevoir la nécessité alors que les risques d'abus ou de dérapage lui paraissent au contraire bien réels.

Le Conseil d'Etat n'est pas non plus favorable à l'inclusion dans les prévisions du paragraphe (1) de l'article 7 *des* mutuelles, au sens générique. Il n'est en effet guère recommandable d'étendre cette solution dérogatoire au principe ancré à l'article 6, à l'ensemble des caisses de décès, par exemple. L'on peut par contre très légitimement l'envisager dans le chef de la Caisse médico-chirurgicale mutualiste.

Le paragraphe (1) de l'article 7 mérite partant d'être revu en conséquence. Du point de vue formel, il y a lieu de remplacer dans la cinquième ligne par une virgule le point-virgule inséré entre le mot „médecine“ et les termes „le traitement“.

Article 8

Au paragraphe (1) l'adjectif „pertinentes“ peut être biffé sans regret.

Au paragraphe (2) reprenant le texte de l'ancien paragraphe (1) il y a lieu d'écrire „disposition *légale*“ au lieu de „disposition pénale“.

Au paragraphe (4) il convient, par analogie à l'article 17, paragraphe (3), d'intercaler entre les mots „quiconque“ et „effectue“ l'incidente „agissant à titre privé“ de sorte à le faire débiter comme suit:

„(4) quiconque, agissant à titre privé, effectue un traitement en violation ...“

Article 9

Cet article est censé mettre en oeuvre l'article 9 de la directive 95/46/CE qui enjoint aux Etats membres de prévoir „pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations ... dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression“. Au sens du texte communautaire les exemptions et dérogations, pour être légitimes, doivent être justifiées par la nécessité de concilier deux libertés et droits fondamentaux: liberté d'expression et droit à la vie privée. Ce n'est donc que dans l'intérêt de ce compromis nécessaire que les règles prévues aux Chapitres II (conditions générales de licéité des traitements à caractère personnel), IV (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers) et VI (autorité de contrôle et groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel) peuvent être tenues en échec.

D'après le projet de loi sous revue (dans une version cependant légèrement restructurée par le Conseil d'Etat) ledit article 9 de la directive est appelé à se traduire en droit interne de la façon suivante:

„**Art. 9.**– Traitement réalisé dans le cadre de la liberté d'expression

(1) Sans préjudice des dispositions prévues dans la législation sur la liberté dans les moyens de communication de masse et dans la mesure où il s'avère nécessaire pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression, le traitement mis en oeuvre aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire n'est pas soumis

- a) – à la prohibition de traiter les catégories particulières de données telle que prévue à l'article 6 paragraphe (1);
- aux limitations concernant le traitement de données judiciaires prévues à l'article 8; lorsque le traitement se rapporte à des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou à des données qui sont en relation étroite avec le caractère public de la personne concernée ou du fait dans lequel elle est impliquée;
- b) à la condition de protection adéquate exigée s'agissant des traitements de données faisant l'objet d'un transfert vers un pays tiers telle que prévue à l'article 18, paragraphe (1)

- c) à l'obligation d'information de l'article 26 paragraphe (1) lorsque son application compromettrait la collecte de données auprès de la personne concernée
- d) à l'obligation d'information de l'article 26 paragraphe (2) lorsque son application compromettrait, soit la collecte des données, soit la mise à disposition du public, de quelque manière que ce soit, de ces données ou fournirait des indications permettant d'identifier les sources d'information
- e) au droit d'accès de la personne concernée qui peut être différé ou limité conformément à l'article 28 paragraphe (4) et à l'article 29.

(2) Lors de la notification d'un traitement effectué à des fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, la notification ne renseigne que sur le(s) nom(s) et adresse(s) du responsable du traitement ou de son représentant.

(3) La Commission nationale, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi et dans le respect des règles relatives à la liberté d'expression, ne peut opérer qu'en présence du président de l'organe représentatif de la presse ou de son délégué, dès lors qu'un traitement visé au paragraphe (1) est impliqué.“

Le texte en question est quelque peu équivoque alors qu'il laisse entendre que les exceptions aux règles générales prévalant en la matière sont susceptibles de jouer dès que le *traitement* mis en oeuvre aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire s'avère nécessaire pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression. Cette perspective paraît évidemment incompatible avec la philosophie à la base de l'article 9 de la directive 95/46 CE.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de remplacer dans la première phrase du paragraphe (1) les termes „il s'avère nécessaire“ par ceux de „où les dérogations ci-après s'avèrent nécessaires“.

Au vœu du paragraphe (3) la Commission nationale ne peut, dans le cadre des traitements y visés, agir „qu'en présence du président de l'organe représentatif de la presse ou de son délégué“. Comment légitimer ce pouvoir exorbitant accordé aux organes de la presse? Que faire si ces derniers refusaient de collaborer avec la Commission nationale? La commission serait-elle en l'occurrence condamnée à l'inaction?

Face à ces incertitudes, le Conseil d'Etat serait plutôt favorable à l'élimination dudit paragraphe (3) de l'article 9.

De façon générale il reste par ailleurs attaché à sa préférence de ne pas préjuger de la réforme en perspective de la loi sur la presse et de reporter dans ce contexte la mise en oeuvre des obligations découlant de l'article 9 de la directive 95/46 CE.

Article 10

L'ajout des termes „autres que les locaux d'habitation“ par les auteurs de l'amendement visé sous la lettre (b) du paragraphe (1) ne se justifie pas au regard de la nouvelle version du texte retenu sous la lettre (c) qui en évoquant les lieux d'accès privé les inclut nécessairement. Il peut partant en être éliminé.

Au paragraphe (3) le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit la disposition figurant sous la lettre (c):

„(c) aux autorités judiciaires compétentes pour constater ou poursuivre une infraction pénale et aux autorités judiciaires devant lesquelles un droit en justice *est exercé ou défendu*.“

Il convient en effet de lever toute ambiguïté en la matière en précisant que les données collectées à des fins de surveillance peuvent être communiquées à toutes les autorités judiciaires et pas seulement aux autorités pénales.

Article 11

Le texte en question concerne le traitement à des fins de surveillance sur le lieu du travail et a été amendé à la lumière du rapport pour avis de la commission du Travail et de l'Emploi de la Chambre des députés du 15 mai 2002 (*Doc. parl. No 4735⁷, sess. ord. 2001-2002*). Le Conseil d'Etat en conclut qu'il tient compte des critiques formulées dans son avis du 29 janvier 2002 pour s'appliquer désormais et au secteur public et au secteur privé.

Article 12

Au regard du paragraphe (2) deux observations s'imposent.

Par référence à l'article 1er tel qu'amendé conformément à l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi sous examen, il y a lieu d'écrire „dont la mise en oeuvre n'est pas susceptible de porter atteinte *aux libertés et droits fondamentaux, et notamment à la vie privée*, des personnes concernées“, plutôt que „dont la mise en oeuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ainsi qu'aux droits et libertés des personnes concernées“. Il convient en outre de remplacer systématiquement à travers ledit paragraphe (2) le mot „normes“ par celui de „directives“ afin de ne pas laisser entrevoir que la Commission nationale disposerait en la matière d'un pouvoir réglementaire au sens propre du terme.

Article 14

Dans le contexte des traitements soumis à l'autorisation préalable de la Commission nationale le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne faut pas ajouter sous le paragraphe (1) lettre (a) les traitements visés à l'article 6, paragraphe (2) sous la lettre d) en rapport avec certaines données gérées par „une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale“.

Dans la phrase introductive du paragraphe (2) il est proposé de radier l'expression „au moins“.

Quant au paragraphe (4) le Conseil d'Etat note que sans un mot d'explication le plafond de l'amende pénale initialement fixé à 5.000.000 Luf a été réduit à 7.500 euros pour ne correspondre désormais plus qu'à quelque 302.550 francs!

Article 15

Au paragraphe (2) il y a lieu de substituer sous la lettre (b) la référence à l'article 14 à celle mentionnant l'article 13.

Dans le cadre du paragraphe (4) la mention de l'article 13, paragraphe (1) (g) doit remplacer celle renvoyant à l'article 13, paragraphe (1) (f).

Dans le contexte du paragraphe (5) le Conseil d'Etat préférerait écrire „cependant la Commission nationale peut limiter cette publicité lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour sauvegarder ...“, afin d'éviter toute confusion avec la notion du droit d'accès de la personne concernée, visée aux articles 28 et 29. Compte tenu de la reformulation de l'article 8 il convient de corriger au même paragraphe (5) la référence à l'article 8, paragraphe (3) en celle de „*article 8, paragraphe (1)*“.

Article 16

En rapport avec l'amendement portant sur le paragraphe (3) le commentaire explique, entre autres, qu'„il appartient également à la Commission nationale de veiller dans ce contexte au respect du régime du secret professionnel auquel sont soumises *certaines* professions“. Afin de mieux traduire cette nuance le Conseil d'Etat suggère de reformuler comme suit ledit paragraphe (3):

„L'interconnexion n'est autorisée que dans le respect des finalités identiques ou liées de fichiers et du secret professionnel *auquel les responsables du traitement sont le cas échéant astreints*.“

Article 17

Au paragraphe (1) il convient d'omettre sous la lettre (a) les termes „et à la poursuite des infractions pénales“ de sorte que la disposition en question s'introduirait par le bout de phrase suivant:

„(a) *les traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche et à la constatation des infractions pénales ...*“

Cette proposition est dictée par le souci d'opérer une séparation nette entre les traitements visés à l'article 17 et ceux relevant de l'article 8 dans le champ d'application duquel tombent précisément les actes de poursuite.

Au paragraphe (1) il est encore proposé d'ajouter sous une lettre (c) la disposition suivante garantissant une base légale aux traitements de données opérés dans le cadre de conventions internationales:

„(c) *les traitements de données dans des domaines du droit pénal effectués en vertu de conventions internationales, d'accords intergouvernementaux ou dans le cadre de la coopération avec l'Organisation internationale de police criminelle (OIPC – Interpol)*.“

Au paragraphe (2), alinéa 6 il y a lieu d'écrire „Elle présente chaque année au ministre un rapport ...“.

A l'endroit de l'alinéa final du même paragraphe (2) il convient de faire remarquer que le droit d'accès de l'autorité de contrôle comporte nécessairement l'accès informatique, inutile de le préciser dans le texte même. Toujours dans le même contexte il se recommande d'employer le participe passé du verbe viser au lieu de celui de traiter.

Il s'en dégage que la phrase introductive dudit alinéa 7 doit s'énoncer comme suit:

„Le droit d'accès aux données visées au présent article ne peut être exercé que par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle.“

Article 19

Dans ce contexte il s'agit de redresser une erreur de référence au paragraphe (1), lettre (f) en y remplaçant la mention de l'article 12, paragraphe (2), lettre (b) par celle de l'article 12, paragraphe (3), lettre (b).

Article 22

L'ajout par amendement de la conjonction de coordination „et“ sous le paragraphe (3), lettre (a) ne peut être maintenu qu'à condition d'y adjoindre le mot „que“ pour former ainsi la locution conjonctive „et que“ enchaînant avec la disposition reprise sous la lettre (b).

Article 24

Au regard du paragraphe (1) le Conseil d'Etat maintient le point de vue exprimé dans son avis du 29 janvier 2002 selon lequel le bout de phrase „même après la fin de leur mandat“ est à éliminer. En ordre subsidiaire il propose de substituer au terme „mandat“ la notion plus neutre de „fonction“ ou „mission“ traduisant mieux le statut indépendant des membres et collaborateurs de la Commission nationale ainsi que du chargé de la protection des données.

Conformément au paragraphe (4) tel qu'amendé „le responsable du traitement agissant dans le cadre de l'accomplissement de ses missions visées à l'article 7, paragraphe (1), ne peut opposer à la Commission nationale le secret professionnel auquel il est soumis lorsque celle-ci a été saisie conformément à l'article 32, paragraphes (4), (5) et (6)“.

Rappelons que le responsable du traitement se meut en l'espèce dans le contexte de données très sensibles énoncées à l'article 6. Le délier en ces matières de son secret professionnel – et ne serait-ce qu'à l'égard de la seule Commission nationale – ne doit s'effectuer qu'avec prudence et circonspection.

Le Conseil d'Etat admet que cette condition est en principe remplie lorsque la Commission nationale est saisie par une personne d'une demande relative au respect de ses droits et libertés fondamentaux à l'égard d'un traitement ou encore dans le cadre d'une demande de vérification de la licéité d'un traitement en cas de refus ou de limitation de l'exercice du droit d'accès de la personne concernée, hypothèses visées à l'article 32, paragraphes (4) et (5). Il nourrit par contre de sérieuses réserves à l'égard du troisième cas mentionné au paragraphe (4) de l'article 24 qui serait susceptible de tenir en échec le respect du secret professionnel, savoir celui évoqué à l'article 32, paragraphe (6).

D'après le texte critiqué le secret professionnel ne pourrait ainsi être opposé à la Commission nationale saisie par l'une des personnes ou organes visés à l'article 11, paragraphe (2) concernant le traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail. Il s'agit en l'occurrence de la personne concernée, hypothèse ne soulevant quant à elle guère de problème, mais également, le cas échéant, du comité mixte, de la délégation du personnel, de l'inspection du travail et des mines et des organismes de représentation du personnel.

Le Conseil d'Etat estime que les auteurs de l'amendement sont ici allés trop loin et propose partant de rayer au paragraphe (4) de l'article 24 le renvoi au paragraphe (6) de l'article 32 et de s'en tenir à l'évocation de „l'article 32, paragraphes (4) et (5)“.

Article 27

Au paragraphe (1) il y a lieu de corriger une erreur de renvoi sous la lettre (d) en mentionnant l'article 8, paragraphe (1), et non pas l'article 8, paragraphe (3). Ce redressement s'impose compte tenu de la restructuration par amendement dudit article 8.

Article 28

Dans le cadre du paragraphe (1), lettre (d), la référence au paragraphe (1) de l'article 31 est à biffer, compte tenu de la version amendée de ce dernier.

Conformément au paragraphe (2) „celui qui entrave *sciemment* par quelque moyen que ce soit, l'exercice du droit d'accès“ est passible de sanctions pénales. D'après son commentaire il s'agit d'une infraction nécessitant un dol général, à l'instar d'ailleurs de celle visée au paragraphe (8). La même solution se retrouve aux articles 30, paragraphe (2) et 32, paragraphe (11). Le Conseil d'Etat s'exprime en faveur de l'abandon de cette condition d'incrimination dans le cadre des dispositions en cause.

Il n'est en réalité pas convaincu par l'argumentation à la base dudit amendement alors que l'ajout de l'adverbe „sciemment“ peut au contraire induire en erreur. Il est en effet discutable que l'emploi dudit terme fût à lui seul de nature à distinguer le caractère matériel ou non matériel de l'infraction et à la différencier ainsi par rapport à d'autres incriminations visées au projet.

Le paragraphe (3) reprend en ses deux premiers alinéas quasi textuellement les dispositions de l'article 36, alinéas 4 et 5 de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers. Le Conseil d'Etat approuve cette démarche des auteurs de l'amendement sous examen.

A l'endroit de l'alinéa 3 du même paragraphe (3), par souci de parallélisme avec les dispositions précédentes, le Conseil d'Etat propose une légère modification rédactionnelle en suggérant d'écrire *in fine* „par l'intermédiaire d'un médecin *désigné par* son curateur ou tuteur“.

Article 29

Pour les raisons ci-avant développées à l'endroit de l'article 27 au paragraphe (1), lettre (d) il y a lieu d'invoquer comme référence *l'article 8, paragraphe (1)*.

Article 32

Selon l'alinéa 2 du paragraphe (2), introduit par voie d'amendement, „le rapport (de la Commission nationale) est avisé par la commission consultative des droits de l'homme, organe consultatif du gouvernement en matière de droits de l'homme sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg dont la composition et les attributions sont déterminées par règlement grand-ducal“.

Cette innovation est motivée comme suit d'après le commentaire dudit amendement:

„S'agissant de l'avis requis de la commission consultative des droits de l'homme (CCDH), la commission (parlementaire) s'exprime en principe en faveur de l'implication d'une commission consultative des droits de l'homme, dont l'instauration a été demandée par certains représentants des „forces vives de la nation“ afin d'assurer une *certaine surveillance* de la Commission nationale et un *regard critique* sur les avis de la Commission nationale ...“

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu du bien-fondé de cette mesure. Conformément à l'article 34, paragraphe (1), alinéa final la Commission nationale „exerce en toute indépendance les missions dont elle est investie en vertu de la (présente) loi“. Cette indépendance ne risque-t-elle pas d'être compromise ou du moins de paraître compromise par la mise sur pied d'une telle procédure consultative? Il sera en tout cas difficile de justifier l'intention d'avoir voulu assurer une pareille surveillance critique à l'égard des activités de la Commission nationale.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'abandonner l'idée d'instituer dans le présent contexte une commission consultative des droits de l'homme. Aux motifs ci-avant déduits s'ajoute que la loi sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ne saurait être qualifiée de cadre idéal pour servir – en quelque sorte par la tangente – de base légale à la création d'un organe aux missions aussi essentielles.

Article 34

A l'alinéa 2 du paragraphe (2) il est proposé d'insérer entre les termes „Grand-Duc“ et „le serment suivant“ les mots „ou de son représentant“.

Au paragraphe (6) l'adjectif „assermenté“ est à rayer pour être superfluetoire. Il est en effet logique que pour valablement recevoir un serment le président doit lui-même avoir été dûment assermenté. La même remarque est d'ailleurs indiquée à l'endroit de l'article 36, paragraphe (3).

Le Conseil d'Etat se doit enfin de signaler que le vice-président ne figure plus dans le texte de loi à voter. Il n'est plus qu'évoqué au commentaire du paragraphe (2) où il est dit que „le serment du vice-président est réglé de la même manière que celui des autres membres de la Commission nationale“.

Article 35

Au paragraphe (7) il se recommande d'écrire „entendue en son avis“ au lieu de „demandée en son avis“. La révocation d'un membre de la Commission nationale qui dans l'exercice de ses fonctions ne doit recevoir d'instruction de personne (cf. paragraphe (8)) et qui fait partie d'une autorité publique indépendante aussi importante (cf. article 34, paragraphe (1)), doit en effet être entourée d'un maximum de garanties.

Article 36

Au regard du paragraphe (2) le Conseil d'Etat est à se demander si le statut d'employés privés à assimiler à des employés de l'Etat est finalement celui qui convient le mieux aux membres de la Commission nationale, autorité publique censée pouvoir agir en toute indépendance.

Pour le Conseil d'Etat la solution qu'il avait proposée dans son avis du 25 mars 1999 au regard de l'article 9 du projet de loi sur la promotion des droits de l'enfant et la protection sociale de l'enfance lui paraît tout à fait viable (*Doc. parl. 4137¹³, sess. ord. 1998-1999*). Dans ce contexte il s'était en effet agi de définir le statut du médiateur auquel il fallait également assurer une indépendance certaine.

A noter que suivant l'article 34, paragraphe (2) les membres de la Commission nationale sont nommés pour un terme de six ans, renouvelable une fois. Le Conseil d'Etat approuve cette limitation de durée de la fonction qui est dans l'intérêt même de la cause. Un renouvellement périodique de la Commission, à des intervalles pas trop éloignés, ne peut que positivement influencer sur son fonctionnement et son autorité.

Il ne convient pas de maintenir les membres en fonction au-delà de douze ans. Il n'est partant pas recommandé de leur attribuer le statut de fonctionnaire qui n'est pas spécialement adapté à leur situation. Le Conseil d'Etat se prononce cependant d'ores et déjà contre toute velléité de prolonger la durée de leur mission afin de pouvoir plus facilement justifier une solution consistant à leur reconnaître le statut de fonctionnaire.

Pour les motifs ci-avant déduits sous l'article 34, paragraphe (6) le terme „assermenté“ est à biffer au paragraphe (3) de l'article 36.

Article 37

Au regard du paragraphe (1) le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 39 du projet de loi initial et propose le libellé suivant:

„(1) Au moment de sa création, la Commission nationale bénéficie d'une dotation initiale de deux cent mille euros à charge du budget de l'Etat. L'Etat met à sa disposition les biens mobiliers et immobiliers nécessaires au bon fonctionnement et à l'exercice de ses missions.“

L'emploi du terme d'„apport de biens ...“ paraît en effet trompeur dans le contexte visé alors qu'il rappelle à mauvais escient une notion courante en matière de droit des sociétés.

A l'intérieur du paragraphe (5), il y a lieu d'accorder correctement le participe passé avec son sujet et d'écrire „modifiée“ plutôt que „modifié“.

Article 39

Le paragraphe (6) dispose en sa deuxième phrase que „la suspension provisoire ou la fermeture provisoire ordonnée par le président du tribunal d'arrondissement, ou par le juge qui le remplace, prend toutefois fin en cas d'acquiescement irrévocable par le juge pénal“. La mesure en question, tributaire d'une décision judiciaire d'acquiescement définitif risque de perdurer outre mesure. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'arrêter les effets de la suspension provisoire ou de la fermeture provisoire „en cas de décision de non-lieu ou d'acquiescement, et au plus tard à l'expiration d'un délai de deux ans à partir de la décision initiale de suspension ou de fermeture“.

L'hypothèse de non-lieu a été ajoutée dans un souci de protection accrue des droits des justiciables.

Article 41

Le Conseil d'Etat propose de reformuler comme suit le paragraphe (1), alinéa 1er dudit article:

„(1) Sans préjudice des dispositions du Code d'Instruction Criminelle, les juges d'instruction, les procureurs d'Etat et leurs substituts accèdent de plein droit, sur requête et par l'intermédiaire de l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après „ILR“) aux données concernant l'identité des abonnés et utilisateurs des opérateurs et fournisseurs de communications électroniques ainsi que des services postaux et des fournisseurs de ces services.“

L'alinéa 2 reste inchangé alors que d'après le Conseil d'Etat aucun argument ne plaide impérieusement en faveur d'une extension à la centrale des interventions d'urgence 113 des facilités ouvertes à la centrale des secours d'urgence. La police aura toujours le moyen d'accéder aux données en cause en procédant par le biais du ministère public.

Compte tenu de la modification du paragraphe (1) la disposition reprise au paragraphe (3) doit pouvoir être omise, le paragraphe (4) avançant ainsi d'une unité.

Article 44

Cet article dispose dans son paragraphe (2) que „pour autant qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi, les règlements pris en exécution de la loi modifiée du 31 mars 1979 précitée resteront en vigueur tant qu'ils n'auront pas été remplacés par de nouvelles dispositions“.

Le texte en question est destiné à répondre à la préoccupation exprimée par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 janvier 2002. Dans le but de garantir la validité des règlements grand-ducaux concernant les banques de données pénales et médicales le Conseil d'Etat avait en effet proposé de compléter l'article 42 du projet de loi sous revue par un paragraphe (4) se lisant comme suit:

„Les articles 12-1 et 28-1 de la loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques continueront à servir de fondement juridique aux règlements d'application afférents.“

Les règlements visés se trouvaient identifiés au commentaire du texte proposé.

Le Conseil d'Etat garde une préférence pour la solution par lui proposée qui peut sans problème être intégrée sous forme de paragraphe (2) à l'article 44, alors que la version proposée par la commission parlementaire lui paraît quelque peu floue. Comment en effet déterminer les règlements „non contraires aux dispositions de la (présente) loi“? Faut-il se référer aux règlements dans leur ensemble? Ou suffit-il au contraire que l'un ou l'autre article de ces actes soit incompatible avec le nouveau texte législatif en voie d'élaboration pour que le règlement en question soit inapplicable en tant que tel et dans sa totalité?

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 juillet 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

